

LOS MANDATOS IRREVOCABLES Y SU REPERCUCIÓN EN CLÁUSULAS SOCIETARIAS EN EL DERECHO CHILENO

THE IRREVOCABLE MANDATES AND THEIR REPERCUSSION IN SOCIAL CLAUSES IN CHILEAN LAW

Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 294-337



Alex
ZÚÑIGA TEJOS

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de febrero de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 10 de abril de 2018

RESUMEN: El presente trabajo analiza la posibilidad de conferir a uno de los socios un mandato irrevocable para que éste actúe con amplias facultades respecto de los derechos sociales de los demás copartícipes. En este sentido, se estudian las distintas fuentes de las que puede emanar la irrevocabilidad, como son una cláusula convencional y la naturaleza del encargo del mandato, distinguiendo en uno y otro caso sus límites y alcances. Finalmente, se revisan algunas facultades concretas que se le podrían otorgar al mandatario, estableciéndose su campo de aplicación y los términos que aquellas implicarían.

PALABRAS CLAVE: Mandato irrevocable; sociedades de personas, auto contratación (límites), derechos sociales.

ABSTRACT: The present work analyses the possibility of conferring an irrevocable mandate on one of the partners so that he or she acts with broad faculties regarding the social rights of the other co-participants. In this sense, we study the different sources from which irrevocability can emanate, such as a conventional clause and the nature of the assignment conferred in the mandate, distinguishing in both cases its limits and scope. Finally, some specific faculties that could be granted to the agent are analyzed, establishing the field of application and the terms that this would imply.

KEY WORDS: Irrevocable Mandate, Limited Partnership, Self-contracting (bounds), Social Rights.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA.- II. LOS MANDATOS IRREVOCABLES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.- 1. Generalidades.- 2. El problema de los mandatos irrevocables.- 3. Las fuentes de un mandato irrevocable.- 4. El mandato irrevocable y otras figuras afines.- 5. La posición de la doctrina respecto de los mandatos irrevocables.- 6. La legislación en Chile aplicable sobre la materia.- 7. Jurisprudencia sobre los mandatos irrevocables.- III. MANDATOS IRREVOCABLES CONTENIDOS EN CLÁUSULAS SOCIETARIAS.- 1. De la condición a la que está sujeta la posible revocación del mandato.- 2. Sobre la validez, por regla general, que tienen los mandatos irrevocables.- 3. Precisiones y alcances sobre los mandatos irrevocables.- IV. NUESTRA POSICIÓN.- 1. Requisitos para la eficacia de mandatos irrevocables en cláusulas societarias.- 2. Consideraciones en cuanto a la forma de actuación del mandatario irrevocable.- 3. Relaciones que pueden configurarse cuando el mandatario actúa, además, representando a la sociedad.- V. ANÁLISIS DE ALGUNAS FACULTADES QUE PODRÍAN CONTENER ESTOS MANDATOS IRREVOCABLES.- 1. Generalidades.- 2. De la modificación de los estatutos sociales, en términos tales, que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad.- 3. De la cesión o transferencia de derechos.- 4. Respecto del Capital Social.- 5. Sobre el reparto de utilidades.- 6. En cuanto a la duración.- 7. En cuanto a la modificación de la administración.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y PROBLEMÁTICA.

La vida cada vez más exigente en el mundo de los negocios, ha obligado a los distintos agentes económicos a idear nuevas formas de hacer más eficiente su competitividad, lo que ha requerido —entre otras cosas— una altísima rapidez en la toma de decisiones. Esta realidad ha repercutido en el ámbito jurídico, pues ha promovido la búsqueda de mecanismos que cumplan, por una parte, con otorgar una limitación patrimonial al inversionista sobre los riesgos empresariales (donde las sociedades son una buena alternativa), y por otra, que permita una flexibilidad suficiente para afrontar con éxito los desafíos comerciales. En este devenir, tener una administración eficaz, unida a la proliferación de negocios familiares o con personas de confianza —que no por ello descartan el aporte de altas sumas de capital— ha motivado que se establezcan en las escrituras de constitución (o en posteriores) de sociedades de personas, que se confieran poderes a uno de los socios, que generalmente será el administrador, para pueda realizar con amplias facultades actuaciones sociales y que también puedan afectar la participación de los propios socios. En esta articulación debe encontrarse un correcto equilibrio entre otorgar una adecuada estabilidad al administrador y dar seguridad a los terceros

• Alex Zúñiga Tejos

Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde obtuvo el premio “Fernando Rozas Vial”, otorgado al mejor alumno de Derecho Civil de su generación. Director de Departamento de Derecho Privado, Universidad Andrés Bello. Coautor y editor del libro “Estudios de Derecho Privado”, publicado por la Editorial Jurídica de Chile el año 2011. Además, trabajó en la actualización de la octava edición del libro “Derecho Sucesorio” de Don Manuel Somarriva U. publicado en enero del 2012 por la Editorial Jurídica de Chile y en la sexta edición del Tratado de “Las Obligaciones” de René Abeliuk M., publicado por la Editorial Thomson Reuters Legal Publishing el año 2014. Esta presentación tiene por base un Informe en Derecho redactado conjuntamente con el profesor René Abeliuk M. (Q.E.P.D.). Correo electrónico: alexzuniga@unab.cl.

que contraten con la sociedad, por lo que combinar un mandato irrevocable con facultades de disposición en el ámbito social tiene buenas perspectivas a su favor:

Empero, la utilización de estas instituciones no son un tema pacífico, pues implica combinar dos problemas de difícil solución (mandatos irrevocables y facultades sociales), y que, en el caso de la legislación chilena, además, no cuenta con una solución reglada. De esta forma, obliga a hacer una revisión separada de los mandatos irrevocables, para luego conjugarlo con las facultades otorgadas.

En concreto, pretendemos abordar si es posible que todos los socios (en una sociedad de personas y en particular de responsabilidad limitada) confieran mandato irrevocable a uno de ellos, para que éste tenga amplias facultades, tales como modificar los estatutos sociales en términos que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad; o que tenga la opción de ceder o transferir derechos sociales; o detente facultades atinentes con el capital social y los repartos de utilidades, entre otros aspectos de interés. Además, dicha irrevocabilidad subsistiría, a menos que todos los socios concurrieran a dejar sin efecto dicho mandato.

Para ello, primero abordaremos los alcances de los mandatos irrevocables en la legislación nacional, para luego vincularlo con las sociedades de personas.

II. LOS MANDATOS IRREVOCABLES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA.

En este acápite revisaremos las distintas posiciones que existen respecto de los *mandatos irrevocables*, así como la legislación aplicable para solucionar casos que se vinculen con el derecho societario. Finalmente, revisaremos jurisprudencia atinente al tema.

I. Generalidades.

En las sociedades de personas, y en particular en las de Responsabilidad Limitada, existe una antigua discusión respecto de la naturaleza jurídica del administrador de ellas, pues se plantea por algunos que actúa como un órgano de la sociedad, mientras que otros sostienen que obra como mandatario.

En efecto, distinguida doctrina¹ después de varias vacilaciones, termina aceptando la *teoría del órgano*, sin perjuicio de reconocer que las normas del Código Civil y el de Comercio –que siguen plenamente vigentes– estarían inspiradas en la teoría del mandato. Otros se inclinan por considerarlo como un mandato, sin perjuicio de reconocer que participan de la posición minoritaria².

1 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 361 y ss.

2 BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 99.

Todas estas consideraciones deberán tenerse en cuenta si el mandatario a quien se le otorgó la representación de todos los socios, es además el administrador de la sociedad. Diversas consecuencias, especialmente en su relación con la sociedad, podrán configurarse³.

2. El problema de los mandatos irrevocables.

Se podría definir el *mandato irrevocable* como aquel en que el mandante no puede dejar sin efecto el contrato por su propia voluntad, ya sea porque renuncia a la facultad de poner término unilateral y eficazmente al mandato, o porque la naturaleza del encargo lo impediría.

Un problema que se ha presentado en las diversas legislaciones de Derecho Continental, dice relación con los denominados *mandatos irrevocables*, pues solo en algunos países⁴ existe una disposición que regule expresamente esta materia.

Por esa razón, la discusión ha sido intensa, pues con muy buenas razones se han planteado ambas posiciones, esto es, aquellos que le dan plena eficacia y, por otra, los que la rechazan, o al menos, la aceptan, pero con muchas limitaciones.

En este orden de ideas, creemos oportuno hacer una revisión de los principales argumentos que se han postulado en torno a esta situación, la legislación que existe en nuestro país, así como una revisión de la jurisprudencia sobre la materia.

Sin embargo, de manera previa, debemos tratar dos puntos: a) las fuentes del mandato irrevocable; y, b) la diferencia de este mandato con otros similares.

3. Las fuentes de un mandato irrevocable.

Constituye doctrina asentada en el Derecho Comparado⁵, y por cierto, plenamente aplicable al sistema jurídico nacional, que las *fuentes* de la irrevocabilidad del mandato puede ser:

- 3 Su interés será, principalmente, si se puede considerar como *tercero de buena fe* a la sociedad, por actuaciones contrarias a las pretensiones del mandante.
- 4 Así ocurre en el Derecho Argentino, que el actual Código Civil y de Comercio permite la irrevocabilidad del mandato, relacionando el artículo 1330 con el artículo 380, letras b) y c) en que hay norma expresa que regula esta opción. Así también estaba regulado en el antiguo Código de Vélez Sarsfield (artículo 1977). En el mismo sentido, el Código Civil de Portugal, en el artículo 1170 y el artículo 1723 del Código Civil italiano.
- 5 Véase, para el Derecho Italiano la obra de PERLINGIERI, P.: *Manuale di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 722 y 723; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, tomo VI, Buenos Aires, 1955, p. 50. Para el Derecho Francés, GHESTIN, J.: *Les principaux contrats spéciaux*, 3ª ed., Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 1123-1130; MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Tercera, vol. IV, Buenos Aires, 1976, p. 313 y ss.; y PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, T. XI, Editorial Cultural, La Habana, 1940, p. 845 y ss. Para el Derecho Alemán, ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil. Parte General*, Vol. II, Parte I, Bosch Casa Editorial, 1981, 576 y 577.

a) Una “cláusula expresa” en que se pacta la irrevocabilidad. En este tipo de fuente, se entiende que depende de un dato subjetivo⁶ como es la voluntad contractual⁷.

b) Que la irrevocabilidad provenga de la “naturaleza objetiva” del mandato, esto es, que haya sido conferido en interés del mandatario y del mandante, o de un tercero⁸. Nótese que en este caso, no es necesaria una cláusula que así lo diga, sino simplemente, el tipo de negocio determinará la irrevocabilidad.

Además, conviene advertir que se puede dar una especie de *superposición* de estas causas, como ocurre cuando existiendo una cláusula expresa, el negocio -por su naturaleza-, interesa a otras personas distintas del solo mandante. En este caso, el análisis debe ser efectuado necesariamente desde ambas perspectivas de irrevocabilidad, pues las consecuencias de una no producen efectos indefectiblemente en la otra.

4. El mandato irrevocable y otras figuras afines.

No se debe confundir el *tipo* contractual en estudio con el mandato colectivo y el mandato conjunto.

En efecto, el *mandato colectivo* es el mandato único que se confiere al mismo mandatario por varias personas, en un acto único y para un negocio de interés común⁹. En principio, se entiende que la revocación no es eficaz si no proviene de todos los mandantes. La excepción consiste en que exista una *justa causa* para hacerlo¹⁰.

Por su parte, el *mandato conjunto* es aquel en que existe pluralidad de mandatarios y en el que todos ellos deben actuar de consuno, por lo tanto, además, para su perfeccionamiento es necesaria la aceptación por parte de todos los mandatarios.

En este último, también puede ocurrir que el encargo de uno de los mandantes sea autónomo de los demás, conservando cada uno de los negocios independencia respecto de los otros.

6 Así lo sostiene MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t. VI, p. 50; PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845; y ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, Parte I, p. 577.

7 Como veremos, se debe considerar la conducta que despliegue el mandatario para determinar los alcances de esta irrevocabilidad.

8 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1126 y 1127; MESSINEO, F.: *Manual de*, cit., p. 50; PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845 y 846; y ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, Parte I, p. 576.

9 Este mandato se diferencia de la pluralidad de mandatos que se otorgan por separado o que se realicen en un mismo acto por varios, pero con autonomía entre ellos.

10 PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 723; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T. VI, p. 52. Sobre el sentido de *justa causa*, nos referiremos más adelante.

5. La posición de la doctrina respecto de los mandatos irrevocables.

La doctrina tradicional chilena¹¹ representada principalmente por el profesor David Stitchkin Branover¹² entiende que los mandatos pueden tener perfectamente el carácter de irrevocables.

Los argumentos que se plantean son principalmente los siguientes:

a) La facultad de revocar el encargo es un *elemento de la naturaleza* del mandato y no de la esencia. Así ocurre cuando el interés legítimo de un tercero exige el mantenimiento del mandato¹³. En este sentido deben ser entendidos los artículos 1584 y 1585 del Código Civil¹⁴.

El primero de estos preceptos, en términos explicativos, señala que la persona designada por ambos contratantes para recibir el pago no pierde esa facultad por la sola voluntad del acreedor, a menos que este último fuere autorizado por el juez para revocarlo si el deudor no tiene interés en oponerse a ello. El segundo, establece que no puede el acreedor prohibir que el pago se efectúe al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor o que pruebe justo motivo para ello.

Asimismo, los juristas franceses Marcel Planiol y George Ripert señalan que la revocabilidad por parte del mandante no es más que interpretativa de la voluntad de las partes, las que pueden, por tanto, establecer que el mandato sea irrevocable¹⁵.

b) El Código de Comercio sentaría el principio de la irrevocabilidad en términos generales al prescribir, en el artículo 241, que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a un tercero.

El profesor Stitchkin explica que sería una norma de derecho común que excede los límites de la legislación mercantil, rigiendo para todo tipo de mandatos¹⁶.

c) Es perfectamente posible establecer un pacto de irrevocabilidad, pues la ley no lo prohíbe y, como existe la norma del artículo 12 del Código Civil que autoriza la renuncia de los derechos conferidos por las leyes que miren en el sólo interés del

11 Seguida esta posición también por autores modernos, v.g., BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones*, cit., T. II, p. 124.

12 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 462 y ss.

13 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462.

14 BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones*, cit., T. II, p. 124.

15 PLANIOL M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., p. 845.

16 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462.

renunciante, sería lógico sostener que la revocación es un derecho que está dentro de ese parámetro.

d) Confirmaría lo anterior; que el legislador en ciertos casos ha prohibido el pacto de irrevocabilidad, como ocurriría respecto de los administradores de sociedades anónimas, de donde resultaría que la regla general sería la validez de esa estipulación. El profesor Stitchkin cita sentencia en el mismo sentido¹⁷.

Además, podemos decir que en el Derecho Comparado se han aceptado en términos generales, los mandatos irrevocables, como se puede observar en Francia¹⁸, Italia¹⁹ y España²⁰, centrándose su estudio más bien en sus consecuencia y causales de procedencia.

Sin embargo, para hacer una revisión panorámica respecto del tema, debemos decir que en los últimos años en Chile se han levantado algunas voces que cuestionan la aceptación general de este tipo de mandatos²¹, así como otros lo han estudiado principalmente desde la perspectiva del Derecho del Consumidor y, en especial, respecto de los contratos bancarios en cuanto a la facultad de completar pagarés y letras de cambio²².

Los principales argumentos de esta posición son los siguientes:

a) Que el derecho de revocación es de la esencia del mandato, pues la sola circunstancia de tratarse de un contrato *intuitu personae* permite al mandante que pueda revocarlo a su arbitrio, no obstante cualquier estipulación en contrario²³.

b) Que la irrevocabilidad del mandato no fue establecida en el Código Civil, que constituye nuestra ley común y supletoria, sino en un cuerpo legal específico como

17 Ibidem.

18 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1124 a 1127; MAZEAUD, H, L. y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3º, vol. IV, p. 412 y ss.; y JOSSEAND, L.: *Derecho Civil*, t. II, vol. 2, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 371.

19 Donde además existe disposición que lo acepta (artículo 1723). En el mismo sentido, PERLINGIERI, P.: *Manuale*, cit., p. 722 y 723; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 50.

20 YZQUIERDO TOLSADA, M.: (Director) *Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 438-442; BUSTO LAGOS, J. M.: "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en *Tratado de Contratos* (Director R. Bercovitz), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 3031 y 3032; CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil Comentado*, vol. IV, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 839-841; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, 1999, Madrid, p. 309.

21 Así, GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 1, 2017, p. 33-57.

22 Véase, CAPRILE BIERMANN, B.: "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil VIII* (coord. C. Domínguez Hidalgo y otros), Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 233-256.

23 Es del caso señalar que el profesor Arturo Alessandri Rodríguez en sus clases decía: "La facultad de revocar es de la esencia del mandato, y el mandato (sic) puede hacer uso de ella a su arbitrio en cualquier momento", como se observa en los apuntes taquigráficos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Derecho Civil. Segundo Año. De los Contratos*, Zamorano y Capellán, 1940, Santiago, p. 229.

es el Código de Comercio. Por ello, no sería consistente argumentar que la norma del artículo 241 de este último Código pueda ser invocada como representativa de una norma de aplicación general, pues sólo regiría para ese tipo de materia.

Esto también se reflejaría atendiendo a las definiciones de mandato que daría el Código Civil y el de Comercio, pues el primero señala que es un contrato en que una persona *confía* la gestión de uno o más negocios, mientras que el segundo dice que es un contrato por el cual una persona *encarga* la ejecución de uno o más negocios. En consecuencia, en el *mandato civil* la “confianza” es determinante y por lo mismo no se podría limitar la facultad mencionada. En cambio, en la segunda sólo se “encarga” algo, por lo que justificaría la norma del artículo 241 del dicho cuerpo legal.

c) Que el argumento de que no haya una disposición que lo prohíba, en relación al artículo 12 del Código Civil para admitir la irrevocabilidad, es demasiado general y vaga para permitir, por sí sola, resolver cada caso particular:

d) Que, aceptada la igualdad de posiciones entre mandante y mandatario para poner término al mandato, con un pacto de irrevocabilidad se rompería con el citado “principio de paridad y equilibrio de las partes”, pues permitiría que únicamente el mandatario pueda terminar, mientras que el mandante tendría suprimida dicha facultad.

6. La legislación en Chile aplicable sobre la materia.

Como ya lo mencionábamos, el Código Civil chileno no tiene una norma que regule expresamente la irrevocabilidad del mandato, como si ocurre en otras legislaciones²⁴.

Por lo mismo, debemos tener presente ciertas disposiciones que servirán para resolver adecuadamente el tema. Así, en el Código Civil, principalmente los artículos 2165, 1584 y 1585²⁵.

Tratándose de leyes especiales, aparte de los artículos 241 y 271 del Código de Comercio, debemos mencionar los artículos 17 B letra g) y 17 E de la ley N° 19.496, según la modificación introducida por la ley N° 20.555 del 5 de diciembre de 2011, que prohibió los mandatos en blanco y los *irrevocables para el consumidor*, por considerárseles cláusulas abusivas.

24 Tal es el caso del Código Civil argentino (Artículo 1930), portugués (artículo 1170) y en cierta medida, el italiano (artículo 1723). También el peruano (artículo 153) y brasileño (artículo 1317).

25 El primero de ellos señala que el mandante puede revocar el mandato a su arbitrio. Los dos últimos fueron antes estudiados.

En materia de sociedades de personas, conviene tener presente las disposiciones contenidas en los artículos 2054, 2072 y 2074 del Código Civil, que servirán para matizar el problema que abordamos.

7. Jurisprudencia sobre los mandatos irrevocables.

En jurisprudencia, podemos diferenciar dos tipos de sentencias: primero, las que dicen relación con aspectos vinculados con el derecho civil y comercial y, en segundo lugar, las atinentes con el derecho del consumidor.

Respecto de estas últimas no serán objeto de nuestro estudio, pues están inspiradas en principios propios de esa rama del Derecho, como es la protección al consumidor —o protección al contratante más débil—; situación muy distinta a la del Derecho Civil y Comercial, en que rige el axioma opuesto: la igualdad entre las partes.

Sin embargo, conviene tener presente que antes de la mencionada modificación legislativa, nuestra Excm. Corte Suprema ya había fallado que los mandatos irrevocables otorgados por los consumidores a sus proveedores para ciertos fines, adolecían de nulidad absoluta. Así se puede observar en las siguientes sentencias de nuestro Máximo Tribunal: 26 de Agosto de 2008, Administradora de Créditos Comerciales ACC S.A. con Santibáñez Álvarez, Fernando²⁶; 20 de julio de 2009, Bankboston National Association con Osvaldo Carrillo Roa²⁷ y del 8 de julio de 2009, Banco de Crédito e Inversiones con Zárate Barrera, Edgardo²⁸. En el mismo sentido, otras sentencias de Cortes de Apelaciones²⁹. Los argumentos utilizados son variados, según cada juicio, pero se fundamentan principalmente en la imposibilidad del mandatario para autocontratar³⁰.

Creemos oportuno al menos mencionar estas sentencias, pero no estamos de acuerdo para considerarlas como representativas de “principios inspiradores de

26 Corte Suprema, 26 Agosto 2008, Rol n° 1894-2007.

27 Corte Suprema, 20 julio 2009, Rol n° 3808-2009.

28 Corte Suprema, 8 julio 2009, Rol n° 3635-2008.

29 Así se puede observar, en Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 1504-2011 y n° 1250-2011; y Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol n° 989-2011.

30 En efecto, las sentencias antes mencionadas se sustentan principalmente en que el mandatario —retail y bancos— no tenían facultades para autocontratar, por lo que adolecían de nulidad absoluta por objeto ilícito las actuaciones de dichas instituciones, razón por la que se alegó en todos estos casos la excepción de nulidad de la obligación en el juicio ejecutivo, conforme al artículo 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil. Es interesante destacar que, entonces, el punto de discusión se centraría en dilucidar la sanción ante un acto celebrado por un mandatario sin autorización de su mandante, ya sea porque no se le permitió autocontratar, o no obstante, existen conflictos de intereses. La doctrina ha sido variada: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: “La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo”, en *Doctrinas Esenciales* (Director: R. Tavorali Oliveros), *Contratos*, t. I, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 178-222 (publicado inicialmente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)*, T. XXVII, n° 1 y 2, p. 5-38), se inclinaría por la nulidad absoluta por falta de consentimiento; STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 352, por la nulidad relativa, por tratarse de una formalidad que atiende al estado o calidad de las partes, mientras que CAPRIE BIERMANN, B.: “La ineficacia”, cit., p. 245 y ss. se inclina por la inoponibilidad.

nuestro ordenamiento jurídico", pues en el *Derecho del Consumo* existen criterios y principios muy distintos al Derecho Civil establecido por don Andrés Bello.

Por otra parte, en sentencias propias del área de interés para esta presentación (civil y comercial), podemos sostener que la jurisprudencia ha aceptado reiteradamente la validez de los mandatos irrevocables, haciendo algunas precisiones respecto de ellos, como pasamos a revisar a continuación³¹.

En sentencia de la Excm. Corte Suprema, del 16 de julio de 1953, con ocasión de la discusión de si se podía calificar como mandato el convenio o negociación con la Dirección General de Pavimentación, se sostuvo: "Esa calificación no es posible, entre otras razones, porque el particular no puede revocar el encargo conferido a la Dirección, ni ésta no aceptarlo o renunciarlo, y la revocación y renuncia son modos de extinguir el mandato (C. Civil, art. 2163), cosas que son de su naturaleza, pues se entiende pertenecer a ese contrato sin necesidad de cláusula especial"³².

De lo anterior, se infiere que si la revocación es un *elemento de la naturaleza* del mandato, entonces las partes pueden, aplicando el principio de la autonomía de la voluntad, modificar o excluir dicha facultad³³.

En sentencias más recientes, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han tenido la oportunidad de pronunciarse derechamente sobre la eficacia del mandato irrevocable.

Así, la Corte de Apelaciones de Temuco, el 15 de diciembre del 2008, conociendo de un contrato de promesa en que se estableció un mandato irrevocable para la celebración del contrato prometido –a través de la autocontratación– cuando transcurriera el plazo de cinco años que prohibía la enajenación del inmueble, dictaminó: "Que el pacto de irrevocabilidad es absolutamente lícito, tanto porque se trata de un derecho (la revocabilidad) establecido por la ley, que de acuerdo al artículo 12 del Código Civil es posible renunciar, con tal que sólo mire al interés individual del renunciante, como porque la ley en ciertos casos ha prohibido expresamente el pacto de irrevocabilidad, por lo que la regla general sería la licitud del referido pacto".

Más adelante continúa: "Que, a mayor abundamiento, si el mandato está además otorgado en interés también del mandatario o de terceros, al no intervenir únicamente la voluntad del mandante y al existir una relación causal en donde

31 Sin embargo, cabe hacer presente que los casos en que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tipo de mandatos, dicen relación con la *irrevocabilidad por naturaleza* del encargo, como revisaremos más adelante.

32 Corte Suprema, 16 julio 1953, RDJ, t. 50, sec. 1°, p. 240, considerando sexto, p. 244. El subrayado es nuestro.

33 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M., y VODANOVIC HAKLUCKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 191-192.

entran en juego otros intereses apreciables, que se apoyan en la estabilidad de la representación, la regla general de la revocabilidad se modifica en aras de la seguridad jurídica y de los principios generales del derecho. El mandato en tal caso se torna efectivamente irrevocable. Así lo reconoce el artículo 241 del Código de Comercio que establece un principio que se ha transformado de aplicación general en la práctica jurídica, excediendo el ámbito mercantil, al señalar que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a tercero”³⁴.

Explicando un caso de cuándo existiría *interés* de un tercero, la Corte de Apelaciones de Santiago, el 31 de octubre de 2006, sostuvo “DECIMO: Que, sentado lo anterior, la única limitación que tiene el mandate -comitente-, para revocar el mandato está contenida en el Art. 241 del Código de Comercio, en cuya virtud el comitente ‘no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros’. Sin embargo, ello no puede extenderse sino exclusivamente a los efectos del encargo, esto es, en el caso de autos, la venta de vehículos en actual ejecución. Si existen órdenes de compra pendientes, el mandante no puede dejar sin efecto la designación si existe aceptación y solo hasta que el negocio particular sea terminado...”, para más adelante señalar: “No hay constancia que existieran operaciones mercantiles pendientes que permitieran hacer aplicable una limitación como la contenida en el Artículo 241 citado”³⁵.

Como se puede observar en esta última sentencia, *a contrario sensu*, si hubieren existido órdenes pendientes, el mandato sería irrevocable. La razón es por la existencia de intereses comprometidos de terceros.

Otra sentencia emblemática que declaró la irrevocabilidad del mandato cuando terceros tengan intereses, la pronunció la Excm. Corte Suprema, diciendo: “Si se establece que el gerente de una sociedad no podrá ser removido de su cargo hasta que no se le cancele totalmente el dinero que ha prestado para la sociedad, dicho nombramiento de gerente solo confiere al nombrado el derecho de desempeñar la gerencia por el tiempo necesario para obtener la cancelación de su dinero. Esto equivale a la renuncia anticipada que el directorio hace de la facultad de removerlo de su cargo mientras no se verifique la cancelación antedicha, modalidades del cargo que están dentro de las funciones del mandato, que es la clase de contrato que se conviene entre la sociedad y su gerente, encargado de representarla y ejecutar sus acuerdos”³⁶.

34 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008, considerando 11 y 12.

35 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, Rol n° 6557-2000.

36 C. Suprema, 8 mayo 1930, G. 1930, 1° sem., n° 25, p. 104. R., t. 28, sec. 1° p. 16.

En el mismo orden de cosas, en otro caso, nuestro Tribunal Supremo sentenció: “8°) Que por su parte los representantes de las mencionadas entidades recurridas, en sus informes de autos, pretenden legitimar su acción sosteniendo que el referido convenio constituye propiamente un mandato y que, haciendo uso de la facultad que al mandante confiere el Artículo 2165 del Código Civil para revocarlo a su arbitrio, se adoptó la medida de poner término a las retransmisiones de televisión materia del contrato”;

“9°) Que es doctrina común, coincidente con lo dispuesto en el artículo 241 del Código de Comercio relativo a la comisión, que cuando el mandatario tiene también interés en el negocio que se le confía el mandato se hace irrevocable, situación que es precisamente la de autos ...”, para luego enfatizar

“10°) Que como lógica consecuencia de lo expuesto debe concluirse que, aun cuando se califique de mandato aquel convenio, siempre resulta ilegítima la determinación cuestionada de ponerle término en forma unilateral y anticipadamente”³⁷.

En otra oportunidad, la jurisprudencia sostuvo: “El mandato que interesa a un tercero no puede ser revocado sin su consentimiento por el mandante. Este criterio inspira, entre otras disposiciones, las de los artículos 1584 y 1585 del Código Civil. Se entiende que el mandato interesa a un tercero siempre que forme parte de un contrato al cual accede, como condición prevista por las partes, para darle cumplimiento total o parcial. En este caso cobra su imperio el artículo 1545, y el contrato no puede dejarse sin efecto sino por mutuo consentimiento de las partes, mandante y tercero”³⁸.

Finalmente, en otra sentencia -redactada por el profesor de Derecho Civil Fernando Fueyo Laneri- se estableció la plena validez del mandato irrevocable, en los siguientes términos: “Que en cuanto a la comparecencia de don (...) en el contrato de compraventa, a nombre del vendedor, ello es legítimo en cuanto se había contemplado expresamente en el contrato de promesa que aquél estaría investido de un mandato irrevocable para vender, modalidad ciertamente frecuente que está destinada no tanto a expresar el consentimiento por otro, sino que, particularmente, a garantizar los derechos legítimos de un pretendiente a un dominio por adquirir, eliminándose el riesgo de rebeldía o de petición de nuevas prestaciones por parte de quien debe concurrir a celebrar un determinado contrato definitivo. Se trata del mandato irrevocable otorgado a favor de un tercero por razón de seguridad

37 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

38 C. Presidente Aguirre Cerda, 5 mayo 1987. *Gaceta Jurídica*, año 1987, t. 83, n° 1, p. 70. Sin embargo, en esta última sentencia disintimos de una aseveración que plantea, en cuanto que el mandato para ser irrevocable debe haberse señalado expresamente. Como hemos revisado, en ese punto, la sentencia tiene una posición minoritaria. En todo lo demás, es consistente con el resto de la jurisprudencia.

o garantía. La apertura irrevocable de crédito es algo semejante y en ella se funda en gran parte la operatividad efectiva y confiable del comercio internacional de nuestros días³⁹.

III. MANDATOS IRREVOCABLES CONTENIDOS EN CLÁUSULAS SOCIETARIAS.

Una cláusula societaria como la que pretendemos analizar (véase “Introducción y problemática”), presenta una naturaleza jurídica híbrida, pues tiene características de mandato *conjunto* y *colectivo*. Respecto del primero, porque se entiende que cada uno de los socios está otorgando un *poder* a un mismo mandatario, pero que este último puede actuar con *autonomía* en sus decisiones respecto de los derechos societarios de los demás.

Empero, puede presentar caracteres de *colectivo*, toda vez que en ciertas negociaciones pudieren tener un *interés común* todos los socios. Asimismo, tanto uno como otro tipo de mandato puede ser irrevocable: el primero, por pacto expreso o porque tenga interés el mandatario o un tercero; y el segundo, porque se entiende que por su *naturaleza* -según el caso- sería irrevocable⁴⁰.

De igual manera, la cláusula societaria puede llegar a ser considerado como irrevocable, pues se exige la *unanimidad* de socios, incluida la voluntad de aquel a quien se le pretende revocar la facultad de representación⁴¹.

Por lo anterior, debemos hacer una distinción previa, atinente a la forma de cómo se ha constituido una sociedad de personas (en particular, una de “Responsabilidad Limitada”, que es la más utilizada), en atención a sus socios y sus intereses.

a) En una sociedad de responsabilidad limitada puede ocurrir que esté compuesta de socios que son todos parientes (padres e hijos, por ejemplo) donde las facultades que se le confieren al mandatario las tendrá el que realmente utilizará el ropaje societario para actuar en la vida del Derecho.

En este caso más que una sociedad con pluralidad de intereses, existiría una *empresa unipersonal*, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo⁴². Sin

39 Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, 4 marzo 1988, caratulado *Morales Arce, Rafael con Del Sante Moreno, Jorge*.

40 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., pp. 439 y 441; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 52.

41 Recuérdese que para considerar como *irrevocable* este tipo de contratos, consiste en que el mandante no puede por su sola voluntad dejar sin efecto el mandato.

42 Véase ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, t. I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 273 a 275. Se plantean como principios del “levantamiento del velo” o “desestimación”: 1.- que la personalidad no puede amparar los actos jurídicos en fraude a la ley; 2.- que los derechos se deben ejercer en conformidad a la buena fe; 3.- que la ley no ampara el abuso del derecho en daño ajeno o del derecho a los demás, de manera que entre seguridad y justicia prevalece esta última. VÁSQUEZ PALMA, M. F.: *Sociedades*, Legal Publishing, Santiago, 2013, p.

embargo, por esa misma razón –lo más probable- es que no tendrán problemas entre socios, pues como estarán todos de acuerdo con las decisiones que adopte el socio que realmente se ve beneficiado con la estructura societaria⁴³, los demás no se opondrán o, al menos, no se verán realmente perjudicados en sus patrimonios.

El profesor Álvaro Puelma A., citando ya el Derecho Romano, señala que a estas sociedades se les denominan “leoninas”, pues uno sólo de los socios lleva en la práctica todas las utilidades⁴⁴. Por lo mismo, y aplicando la teoría de la simulación para estos casos, cree que la verdadera naturaleza jurídica sería un *joint venture*, pues no existiría participación en las pérdidas de parte los otros asociados⁴⁵.

b) El problema se suscita en todas las demás sociedades, pues se estaría otorgando un mandato a uno de los socios con poderes amplios. *Todo lo que digamos en adelante lo enfocaremos desde esta perspectiva.*

I. De la condición a la que está sujeta la posible revocación del mandato.

Teniendo presente la distinción entre mandatos colectivos y conjuntos⁴⁶ y considerando el tipo de cláusula en estudio que otorga amplios poderes a uno de los socios, podemos observar que cada socio –individualmente considerado- no podrá revocar el mandato por él conferido, si no es con el acuerdo *unánime* de todos los partícipes de la sociedad, según los términos en que estaría redactada dicha estipulación.

En este orden de cosas, desde luego debemos decir que la revocación está sujeta a una condición mixta, pues depende en parte de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad –en este caso- de terceros, según los términos del artículo 1477 del Código Civil.

Asimismo, puede constituir –en cierta medida- una especie de *limitación voluntaria* en dos sentidos: primero, porque el mandante estaría permitiendo que otra persona ejerza sus facultades derivadas del dominio –y no solo él en calidad de propietario, a su entero arbitrio- y, segundo, no podría en cualquier momento revocar el mandato, a su discrecionalidad.

Por la misma razón, para una correcta solución del asunto que abordamos habrá que considerar los argumentos que se plantean para la validez de las denominadas

262, citando también derecho comparado. Hace una revisión general de esta institución, PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 101 y ss.

43 Razones tributarias serán el principal interés para constituir las.

44 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 85 y 86.

45 *Ibidem*.

46 MESSINEO, F.: *Manual*, cit, t.VI, p. 51.

“cláusula de no enajenar”, pues las similitudes entre ellas en cuanto a lo que representan para el *titular del derecho* son claras⁴⁷.

Refuerza este razonamiento, si se considera que en este tipo de contratos la obligación del mandante es de *no hacer*, esto es, no revocar, por su sola voluntad el mandato, y por consiguiente, de igual naturaleza que las de *no enajenar*.

2. Sobre la validez, por regla general, que tienen los mandatos irrevocables.

En el Derecho Comparado, así como en la doctrina tradicional chilena y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia –como dejamos de manifiesto esto último en el capítulo anterior– ya no se discute mayormente sobre la validez que, por regla general, tendrían los *mandatos irrevocables* en Derecho Civil y Comercial.

El jurista español Luis Díez Picazo, en su obra *La representación en el Derecho Privado* asevera: “Por ello, el problema de la admisibilidad del pacto o de la cláusula de irrevocabilidad parece hoy fuera de duda, siempre que tal pacto o cláusula posea una “causa” suficiente desde el punto de vista jurídico, esto es, una razón que lo justifique y que lo haga necesario en atención a los fines empíricos que se haya pretendido obtener”⁴⁸.

En el derecho francés se sostiene: “Es cierto, en todo caso, que las partes son libres de establecer excepciones al art. 2004 que es de naturaleza supletoria. El mandante, por lo tanto, puede acordar obligarse por un mandato “irrevocable”, o aceptar que la duración del contrato requiere que no se revoque antes del plazo previsto”⁴⁹. A su vez, ya obras clásicas del derecho francés lo aseveraban: “La revocabilidad del mandato no es de orden público: por consiguiente, las partes pueden *estipular la irrevocabilidad del mandato*...”⁵⁰⁻⁵¹.

A mayor abundamiento, el ex Decano de la Universidad de Lyon, Louis Josserand decía: “No pertenece siempre y necesariamente al mandante el derecho de revocación: 1º Por una parte, este derecho no es de orden público; no existe más que una interpretación de la voluntad de las partes; por consiguiente, depende de éstas el derogar, mediante una cláusula expresa, la revocabilidad del mandato”⁵².

47 En términos similares en un trabajo homónimo de GONZÁLEZ CASTILLO, J.: “Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación”, en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil VII* (Coord. F. Elorriaga de Bonis), Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 359 y 360.

48 Díez-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 307.

49 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1125. Traducción libre del autor.

50 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3º, vol. IV, p. 413.

51 En el mismo sentido, PLANIOL M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845.

52 JOSSEERAND, L.: *Derecho Civil*, cit., t. II, vol. 2, p. 371.

Nos parece del todo acertado citar para nuestro sistema jurídico estas posiciones, pues además de la *autoridad* de las personas que las emiten, tienen la virtud de que en sus respectivas legislaciones tienen disposiciones muy similares a las que existen en los Códigos nacionales y terminan aceptando la procedencia de estas cláusulas⁵³.

Por su parte, si además consideramos que los Códigos del siglo XX –y sus legisladores– conociendo de las discusiones existentes, decidieron incluir disposiciones en que expresamente se regulaba esta *forma de mandato*, tales como el Código Italiano⁵⁴ y Portugués⁵⁵, estaríamos acogiendo posiciones minoritarias y con poco arraigo jurídico en caso de no aceptar la irrevocabilidad.

Por todas estas razones, y además porque nos hacen fuerza los argumentos planteados por la doctrina nacional tradicional⁵⁶ y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a la validez de este tipo de mandatos, en atención al principio de autonomía de la voluntad; por la no existencia de normas generales que prohíban esas cláusulas; por una interpretación *a contrario sensu*, atendiendo a la existencia de normas expresas –en determinadas materias– que nieguen la posibilidad de redactar estas estipulaciones, etc. es que aceptamos el valor de estas estipulaciones y, por cierto, en un contrato de sociedad de personas (con especial énfasis en una de Responsabilidad Limitada).

Sin embargo, se deben hacer algunas precisiones para comprender la dinámica de estos mandatos, lo que pasamos a estudiar a continuación.

3. Precisiones y alcances sobre los mandatos irrevocables.

Los principales aspectos que deben considerarse para los mandatos irrevocables son los siguientes:

a) Que estos *pactos de irrevocabilidad* no se estipulen en mandatos generales de administración, pues el orden público se opone a que una persona renuncie a perpetuidad a la administración de sus bienes⁵⁷.

El tipo de cláusula social cumpliría con esta consideración, pues sólo se referiría a los derechos sociales que tienen los socios-mandantes.

53 Sólo basta mirar la influencia que tuvo el Código Napoleónico en el chileno para considerar estas soluciones doctrinales y jurisprudenciales.

54 Véase el Art. 1723 de dicho Código.

55 Véase, el Art. 1170 de ese Código.

56 Por todos, STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 462 y ss.

57 En este sentido se pronuncia STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463. También cita la posición de GÁLVEZ GAJARDO, H.: *La terminación del mandato*, Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1946, Santiago, p. 39. Así también, ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

b) Que este *tipo* de estipulación tenga un plazo. Así se pronuncian los autores clásicos: "...las partes pueden estipular la irrevocabilidad del mandato, con la condición de que el mandato sea especial para un asunto determinado o, al menos, limitado en el tiempo: un mandato irrevocable sin límite de duración, sería nulo como contrario a la prohibición de obligarse indefinidamente"^{58,59}.

c) El mandante conserva todas sus facultades sobre los derechos sociales. Un aspecto en general poco estudiado respecto de los mandatos irrevocables, dice relación con la calidad que tendría el mandante mientras esté vigente este contrato.

Siguiendo un razonamiento con apego a Derecho, se debe necesariamente concluir que el mandante conserva todas sus facultades sobre los derechos sociales en que ha conferido representación, por lo que él *personalmente* podría ejercer el derecho de disposición (entendiéndose en un sentido amplio, desde enajenar hasta celebrar actos o contratos), concurrir al reparto de utilidades, prestando su anuencia o disconformidad a las decisiones, etc.

Reconoce esta situación y señala cuál podría ser su posible sanción, el profesor David Stitchkin: "Como los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, cabe concluir que el mandante debe abstenerse de ejecutar por sí mismo el negocio encomendando al mandatario. Si el mandante contraviene y hace imposible al mandatario ejecutar el encargo porque se adelanta a realizarlo personalmente, quedará responsable de los perjuicios que de ello se sigan al mandatario, según las reglas generales. Falta a lo pactado y su responsabilidad es contractual"⁶⁰.

Si se observa bien, este autor está aceptando esta realidad, lo que ocurre que considera que si con ello hace imposible la actuación del mandatario estaría faltando a la buena fe contractual, permitiendo la respectiva indemnización a favor del apoderado.

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha reconocido esta facultad del mandante —con ocasión de un mandato judicial— al señalar que: "El hecho de comparecer el mandante personalmente al juicio no importa por sí solo revocación tácita del mandato, pues esa revocación exige el encargo del mismo negocio a *otra* persona"⁶¹.

58 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones de, cit.,* Parte 3°, vol. IV, p. 413. En el mismo sentido, PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico, cit.,* T. XI, p. 845.

59 Con jurisprudencia que es consistente con esta posición. V. Req. 8 abril 1857: D. 1858. I. 134; Req., 9 julio 1885: D. 1886. I. 310.

60 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato, cit.,* p. 463.

61 Corte de Santiago, 25 Agosto 1888, Gaceta 1888, n° 1.777, p. 1394; Corte de La Serena, 20 marzo 1883, Gaceta 1883, n° 372, p. 203, y Corte de Concepción, 25 julio 1900, Gaceta 1900, t. II, n° 1.488, p. 1463.

Es importante esta posición jurisprudencial, pues reconoce dos aspectos de interés para nuestro estudio: primero, que efectivamente el mandante conserva sus facultades para actuar por sí mismo; segundo, que ello no implica una revocación tácita. Esta última aseveración toma mucho más fuerza - en el caso en comento- si consideramos que existe un pacto de *irrevocabilidad*.

En la misma línea de pensamiento, es del caso señalar que el mandante podría seguir otorgando mandatos a otras personas para que lo representen en relación con sus derechos sociales, pues así como conserva las facultades para obrar *por sí mismo*, podría perfectamente conferir poder a otras personas para que lo representen, sin que por ello necesariamente revoque el anterior (considerándose además la existencia de un pacto expreso de irrevocabilidad).

Por esta consideración, la doctrina francesa señala que “La cláusula de irrevocabilidad va acompañada, en la práctica, de una *cláusula de exclusividad*, por la cual el mandante se prohíbe, durante el plazo señalado, dirigirse a otro mandatario”⁶². De esta forma, se impone otra obligación de *no hacer* para el mandante.

En cuanto a estos aspectos, dedicaremos algunas reflexiones en el siguiente capítulo.

d) En cuanto al sentido y alcance de ciertas disposiciones legales. Conviene hacer ciertas precisiones respecto de normas jurídicas que podrían llevar a interpretaciones erróneas en cuanto a las facultades que otorgarían a las partes.

En este sentido, el artículo 2054 del Código Civil⁶³ es uno de ellos, pues la doctrina ha sido cautelosa en cuanto a la aplicación de dicha norma para las sociedades de Responsabilidad Limitada.

Así, el profesor Álvaro Puelma Accorsi sostiene: “En la actualidad la norma en examen tiene un ámbito de aplicación muy limitado (...) En la sociedad colectiva civil y comercial, de responsabilidad limitada y en comanditas, la ley ha consagrado disposiciones expresas sobre administración que hacen inaplicables en general en tales materias los acuerdos de socios, tomados de conformidad al art. 2054 del Código Civil”.

62 GHESTIN, J.: *Les principaux*, cit., p. 1125, en cita a pie de página número 35. De igual manera, MAZEAUD, H, L, y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

63 Dice esta disposición: “En las deliberaciones de los socios que tengan derecho a votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato, y si en éste nada se hubiere estatuido sobre ello, decidirá la mayoría numérica de los socios. /Exceptuándose los casos en que la ley o el contrato exigen unanimidad, o conceden a cualquiera de los socios el derecho de oponerse a los otros. /La unanimidad es necesaria para toda modificación substancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa”.

“O sea, en la práctica el ámbito de aplicación plena de las normas contenidas en el art. 2054 del Código Civil ha quedado circunscrito solamente a las sociedades sin personalidad jurídica”⁶⁴.

En el mismo orden de cosas, el inciso tercero señala que se requiere de unanimidad de los socios para la modificación sustancial del contrato, salvo en cuanto el mismo contrato estatuya otra cosa. En consecuencia, se puede colegir que estaría permitiendo una modificación estatutaria sin el voto conforme de todos los socios.

Nuevamente, el profesor Puelma Accorsi dice: “Estimamos que la unanimidad de los socios se requiere aun para acordar las reformas no substanciales, no obstante lo prescrito en el inciso final del artículo 2054 del Código Civil. Este precepto que no lo estimamos aplicable a esta clase de sociedades (de responsabilidad limitada)⁶⁵, pues en ella toda reforma de estatutos requiere del consentimiento unánime, en atención a que deben otorgarse por escritura pública, a la cual deben concurrir todos los socios⁶⁶.

En mérito de lo anterior, no creemos del todo conveniente fundamentar en virtud de la disposición en estudio, pues queda en evidencia el acotado campo de aplicación que tiene para las sociedades de responsabilidad limitada en varios aspectos. Sin embargo, sí puede ser utilizado -en principio- el inciso segundo, pero que en realidad no es otra cosa que la aplicación de una máxima general de derecho privado, como es el de la *autonomía de la voluntad*.

Por su parte, otra norma que también debe ser cuidadosamente abordada es la del artículo 241 del Código de Comercio, pues no establece derechamente la irrevocabilidad, sino que “el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada, cuando la ejecución interesa al comisionista o a terceros”. Es decir, si bien limita la posibilidad de la “revocación a su arbitrio” –como dice la disposición-, no dice *derechamente* que sea irrevocable la comisión.

Se debe considerar también que la doctrina comercialista le da un carácter de “especial” a esta norma. Así puede observarse en la obra *Manual de Derecho Comercial* del profesor Julio Olavarría Ávila: “Respecto de la revocación, debe recordarse que el mandante no puede revocar la comisión cuando la ejecución interesa al comisionista o a terceros: artículo 241 del Código de Comercio, que modifica las reglas del Código Civil sobre el particular”⁶⁷.

64 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 151 y 152.

65 Agregado por nosotros, de acuerdo al contexto y en la parte que el autor citado lo trata.

66 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 397 y 398.

67 OLAVARRÍA ÁVILA, J.: *Manual de Derecho Comercial*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956, p. 328.

Asimismo, el profesor y tratadista Gabriel Palma Rogers, cuando analiza esta disposición, interpreta su transgresión como un incumplimiento contractual, diciendo: “La violación de esta regla impondrá, pues, con arreglo a los principios generales, la obligación de indemnizar los perjuicios que el comisionista o el tercero sufran con motivo de ella”⁶⁸.

En otras palabras, en caso de que igualmente se revoque este mandato, la sanción según este autor sería sólo la indemnización de perjuicios, sin hacer ninguna alusión a otra posible solución.

IV. NUESTRA POSICIÓN.

Después de revisar el estado actual de la doctrina, jurisprudencia y con referencias al Derecho Comparado, así como las consideraciones planteadas precedentemente, nos corresponde emitir nuestra posición sobre el alcance de este tipo de cláusulas.

Cabe tener presente que es que la fórmula utilizada es que la única manera que se puede revocar este tipo de mandato es por la *unanimidad* de los socios, entre los que está también el mismo *socio mandatario*.

I. Requisitos para la eficacia de mandatos irrevocables en cláusulas societarias.

Decíamos en los capítulos anteriores, que esta cláusula tiene una naturaleza híbrida, pues atendiendo a las amplias facultades que se le otorgan al *mandatario-socio*, puede actuar en negocios de interés común para todos los mandantes (en cuyo caso sería un mandato colectivo), mientras que en otros en el sólo beneficio de uno de ellos (mandato conjunto).

Sin embargo, cualquiera sea la forma de actuación, tiene como característica común que constituye un mandato irrevocable, pues según la intención manifestada, no lo puede revocar individualmente cada uno de los socios, si no es con la anuencia de todos los demás poderdantes.

En razón de lo anterior, nuestra posición es que el mandato irrevocable que se confiere debe analizarse desde la perspectiva de su duración y cuál ha sido su origen o fuente.

Primero: El mandato irrevocable debe ser por un plazo determinado, pues podría traducirse en una obligación permanente.

Si se hace una revisión del Derecho Comparado, podemos advertir que existe uniformidad de criterios en cuanto a este aspecto. En efecto, en el Derecho francés,

68 PALMA ROGERS, G.: *Derecho Comercial*, t. II, Editorial Nascimento, Santiago, 1941, p. 37.

desde ya prolongado tiempo, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por la validez de este tipo de contratos, siempre que sea limitado en el tiempo, pues en caso contrario, sería nulo por conducir a obligarse indefinidamente⁶⁹. Lo mismo en el Derecho español⁷⁰.

Es de interés destacar que en estos países admiten que el mandato irrevocable pueda abarcar más de un asunto (siempre que no llegue a constituirse en un mandato general), en la medida que tenga un plazo de duración⁷¹.

Asimismo, en el Derecho argentino en que existe norma expresa sobre la materia, también se admite su validez, siempre que sea con una duración determinada. Dice el artículo 380 letra c) del Código Civil y Comercio de ese país: "El poder se extingue: c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo...".

¿Sería razonable aplicar la misma solución para un país como Chile, en que no existe norma expresa que lo regule?

De la prácticamente inexistente literatura que existe sobre el tema en nuestro país, el profesor de la Universidad de Chile, Humberto Pinto Rogers, se inclinaría también por esta posición, esto es, por la existencia de un tiempo de duración, al decir que: "No cabe dudas que si con la irrevocabilidad se pretende despojar a una persona de la facultad de administrar sus bienes, tal pacto afectaría a la capacidad de ejercicio, que es de orden público; sólo la ley puede imponer tales restricciones"⁷². Luego, cita algunas sentencias⁷³, por lo que termina aceptando que debería ser limitada en el tiempo y para negocios especiales.

Por su parte, si se analizan con detención los casos en que nuestra jurisprudencia ha dado pleno valor a los *mandatos irrevocables*, también lo ha hecho en casos que directa o indirectamente tienen un plazo, determinado o indeterminado, que le pongan término.

69 PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico*, cit., t. XI, p. 845 y MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones de*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

70 Por todos, YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 439 y 440.

71 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 439 y 440; y MAZEAUD, H., L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413.

72 PINTO ROGERS, H.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, Librería Andrés Bello, 1971, p. 286.

73 Corte Suprema, 5 Noviembre 1932, RDJ, t. 30, sec. 1°, p. 93; Corte de Valparaíso, 9 enero 1934, RDJ, t. 32, sec. 2°, p. 39.

Así, la Excm. Corte Suprema, en un fallo antes citado⁷⁴, en el que se afirmaba que si la naturaleza jurídica era un mandato irrevocable, no se discutió la validez de éste porque se señalaba que tenía un plazo de cinco años, que podía ser renovable.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Temuco, cuando en su considerando noveno dijo: “De allí que el precio se pagó íntegramente al tiempo de la promesa, y que la promitente vendedora otorgara mandato irrevocable al promitente comprador para que haciendo uso de la figura del autocontrato en cinco años, esto es, una vez concluido el plazo de la prohibición legal concurriera a suscribir la compraventa”; para luego concluir en el undécimo “que el pacto de irrevocabilidad es absolutamente lícito...”⁷⁵.

Por todos estos argumentos, nos inclinamos en este mismo sentido, y además considerando que nuestro ilustre legislador, don Andrés Bello López, al haberse basado fundamentalmente en el Código Civil Napoleónico para redactar el chileno, permite que las soluciones que en dicho país se han dado sobre esta materia sean plenamente aplicables para el nuestro.

A mayor abundamiento, al ser la irrevocabilidad un caso de excepción, así como –por otra parte- las obligaciones contraídas nacen para ser cumplidas y luego extinguirse, no cabe más que concluir que no puede tener un carácter indefinido, sino que debe ser por un cierto lapso⁷⁶.

En mérito de lo anterior, debemos advertir que una redacción en la que el mandato irrevocable sea indefinido puede presentar un posible vicio de nulidad absoluta –por contravenir el orden público, en palabras del profesor Pinto Rogers-, cuya causal podría ser el objeto o la causa ilícita.

Sin embargo, este inconveniente puede ser solucionado –y nuevamente de acuerdo a la jurisprudencia nacional antes citada⁷⁷- estableciendo plazos de duración, con cláusula de renovación automática, pues cumpliría con las exigencias que hemos revisado.

Asimismo, considerando que el mandante no pierde las facultades de designar mandatario a otra persona respecto de los mismos negocios (lo que no implica necesariamente una revocación tácita del mandato primitivo), se sugiere incluir una *cláusula de exclusividad* con una cláusula penal asociada a su incumplimiento, tal como se utiliza en el Derecho Comparado.

74 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

75 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008.

76 En este punto la asimilación con las cláusulas de no enajenar, que comentábamos en capítulos anteriores.

77 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

Segundo: Atendiendo a la causa de la irrevocabilidad.

El estudio del sentido y los alcances que pueda tener un *mandato irrevocable* debe hacerse, siguiendo la doctrina y jurisprudencia, distinguido las fuentes que le dan origen:

a) Si es una *cláusula* de irrevocabilidad. Cuando las partes en virtud de un *pacto* señalan que un mandato es *irrevocable* se entiende que el efecto que produce es que el mandante no puede revocarlo sin más (por su libre arbitrio), sino que acreditando que hubo *culpa del mandatario* o *fuerza mayor* (a esto se refiere la justa causa).

En este mismo sentido, se pronuncian los juristas clásicos: "En este, el mandante no es responsable de la revocación más que si el mandatario prueba la ausencia de motivos justificados; la *cláusula de irrevocabilidad* hace que pese sobre el mandante una obligación de resultado, de la que no podrá liberarse sino probando la *fuerza mayor* o la *culpa del mandatario*"⁷⁸.

En el Derecho italiano, el inciso primero del artículo 1723 del *Codice* plantea la misma solución. Explica Francesco Messineo: "La primera (art. 1723, primer apartado) es aquella en que la irrevocabilidad depende de un *dato subjetivo*: la voluntad contractual y el vínculo de no revocar, que deriva de ella para el mandante. En tal caso, éste puede *revocar* por *justa causa*..."⁷⁹. Así también en el Derecho español⁸⁰ y se entendería en el derecho alemán⁸¹.

En consecuencia, la solución es clara: cuando la fuente es un *pacto de irrevocabilidad* no puede el mandante revocarlo sin que ello traiga consecuencias, a menos que acredite una justa causa, como es la culpa del mandatario o la existencia de fuerza mayor. En cierta medida, se puede decir que se invierte la carga probatoria, pues no se presume la culpa del deudor; sino que hay que acreditarla y, con ello, se le puede poner término al mandato.

Sin embargo, ¿qué ocurre si el mandante –sin que concurra alguna de estas *justas causas*– igualmente revoca el mandato? Creemos que si bien son válidas, en principio, estas cláusulas de irrevocabilidad, si el mandante revoca el poder lo único que hace es comprometer su responsabilidad frente al mandatario (dando lugar a indemnización de perjuicios), pues parece muy difícil aceptar que el apoderado siga teniendo facultades de representación pese a la voluntad de no perseverar

78 MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 414, citando jurisprudencia: París, 24 abril 1952, *Gaz. Pal.*, 1952.2.105; Douai, 25 febrero 1954: *D.* 1954. J. 579.

79 MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t. VI, p. 50.

80 BUSTO LAGOS, J. M.: "Contratos", cit., p. 3032; y CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil*, cit., vol. IV, p. 840.

81 ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

por parte del principal, especialmente, si consideramos que se trata sólo de una “irrevocabilidad” de origen convencional⁸².

Por tanto, si no existe culpa del mandatario o fuerza mayor e igualmente el mandante revoca el mandato, este se terminaría, pero acarreando *responsabilidad contractual* para el mandante. En términos similares lo entiende la doctrina comparada⁸³.

Por lo mismo y para evitar esta situación, las partes haciendo aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, podrían establecer una *cláusula penal* en caso de incumplimiento.

Todo lo que hemos señalado hasta aquí dice relación con los efectos entre las partes. Respecto de terceros, debe darse la solución que consagra el artículo 2173 del Código Civil, esto es, que los terceros que celebraron un contrato que esté relacionado con los derechos sociales (basándose en este mandato irrevocable) obligará al mandante. Esta es una clara aplicación de la doctrina de la apariencia jurídica, de amplio reconocimiento jurisprudencial en nuestro país⁸⁴.

Un tema más complejo dice relación con averiguar si se obliga el mandante frente a terceros que *sabían de la revocación* que había efectuado el poderdante al mandatario (cuyo origen de la irrevocabilidad, recordemos, *solamente* es un *pacto de irrevocabilidad* y no la existencia de un interés de un tercero, que analizaremos más adelante), pero que igualmente contrataron porque sostienen que había una cláusula de irrevocabilidad.

Dice David Stitchkin: “Pactada la irrevocabilidad no podrá el mandante prohibir a los terceros que contraten con el mandatario. Los actos y contratos ejecutados o celebrados por éste después de la prohibición son válidos y obligan al mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento de ella. Tal es la doctrina que se desprende de los arts. 1584 y 1585”⁸⁵.

Disentimos de la posición de este autor sobre este punto, por los siguientes argumentos:

82 Así también ocurriría conforme al informe de doctrina moderna francesa, en LOOS, M., y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts. Principles of European Law*, Sellier european law publishers, Munich, 2013, p. 433. En los autores clásicos, V. MAZEAUD, H. L. y J.: *Lecciones*, cit., Parte 3°, vol. IV, p. 413 y 414.

83 YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 440; y MESSINEO, F.: *Manual*, cit., T.VI, p. 50. En el Derecho argentino, para el moderno Código Civil y Comercial, V. BUERES, A.: (Director) *Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 321; y LORENZETTI, R.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p. 492 a 495. En términos similares, para el antiguo Código Civil de ese país, V. BORDA, G.A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 473 y 474.

84 Corte Suprema, 13 agosto 2009, Rol n° 3098-2009; Corte Suprema, 21 julio 2008, Rol n° 2594-2007; Corte Suprema, 12 enero 2009, Rol n° 6547-2007; y RDJ, t. 36, sec. 1°, p. 416.

85 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463.

i) Porque el fundamento que da respecto de los art. 1584 y 1585 es incorrecto, pues ellos dicen relación principalmente con la segunda fuente u origen de este tipo de mandatos, esto es, cuando está involucrado el *interés de un tercero* en la irrevocabilidad, y no cuando *solamente* es en virtud de un pacto de irrevocabilidad, como el caso en estudio. Contradictoriamente en su obra, el profesor Stitchkin reconoce este aserto en la misma más adelante⁸⁶.

ii) Porque el artículo 2173, que se fundamenta en la *teoría de las apariencias*⁸⁷, deja de tener aplicación cuando los terceros toman conocimiento de la revocación, como bien señala la misma disposición en el inciso tercero. En el mismo orden de ideas, están inspirados los Principios del Derecho Europeo de Contratos (PECL), conforme al artículo 3:209, de alto reconocimiento doctrinario moderno⁸⁸.

iii) Porque de lo contrario se estaría protegiendo la mala fe de los terceros (derivada de su conocimiento), lo que repugna al Derecho. Recuérdese además la norma de integración de los contratos del artículo 1546 del Código Civil y que se debe proteger únicamente los *terceros de buena fe*, esto es, los que no tenían conocimiento de la revocación. En el mismo sentido el jurista español Luis Díez Picazo⁸⁹.

Deben tenerse presente todas estas consideraciones, pues en *principio* la fuente de irrevocabilidad es una cláusula social y, por tanto, meramente contractual, sin perjuicio de que algunos contratos que se puedan celebrar sean de interés común para los otros socios o terceros (lo que estudiaremos a continuación). En este último caso ya no es la fuente de irrevocabilidad el sólo *pacto*, sino que la *naturaleza del mandato*, regido por otras reglas de las aquí expuestas.

Asimismo, si el socio al que se le confiere el *mandato irrevocable* es a su vez el administrador de la sociedad, va a ser muy difícil creer que en caso que el mandante manifieste su intención de revocar el mandato, la sociedad pueda ser considerada que no tenía conocimiento de ello (en otras palabras, considerarla como *tercero de buena fe*), pues en la *práctica* es indisociable cuando el administrador actúa como mandatario del socio y cuándo como órgano de la sociedad.

Por último, al establecerse en la calidad de *cláusula esencial* del contrato de sociedad la estipulación en que se confiere el mandato irrevocable, su inobservancia

86 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 464.

87 V.RDJ. t. 36, sec. 1°, p. 416; Corte Suprema, 13 agosto 2009, Rol n° 3098-2009; Corte Suprema, 21 Julio 2008, Rol n° 2594-2007; Corte Suprema, 12 enero 2009, Rol n° 6547-2007.

88 V. Díez-PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES MORENO, A.: *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 212.

89 Díez-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 310.

podría acarrear desde consecuencias económicas, de expulsión del socio de la sociedad o, incluso, la terminación de dicho acto jurídico pluripersonal.

b) Si el origen de la irrevocabilidad es la *naturaleza del mandato*. Cabe decir que hablamos de la “naturaleza del mandato” en este estudio, pero para ser más precisos, se debe a que la *irrevocabilidad* deriva de la relación jurídica que tiene por base (denominada relación subyacente), puesto que en ella tiene interés el mandatario o un tercero. Así entonces, se entiende que es por la *naturaleza del mandato* cuando tenga interés el mandatario o un tercero. Así también lo entiende la doctrina comparada⁹⁰.

En el mismo sentido se pronuncia la doctrina nacional. El profesor Stitchkin explica: “Pero bien puede tratarse de un negocio que interese juntamente al que hace el encargo y al que lo acepta, o a este último y a un tercero. En tal supuesto el mandante no podrá revocar a su arbitrio, pues el mandato queda sujeto al principio general consagrado en el art. 1545; el contrato no puede invalidarse sino por el consentimiento mutuo”⁹¹.

Téngase presente que este tipo de mandato no requiere de pacto expreso, basta la concurrencia de las causas que le dan origen⁹². Asimismo, es perfectamente posible que además de la existencia de una cláusula expresa, la *naturaleza* del encargo haga *irrevocable* el contrato, lo que tiene especial interés para el caso en estudio⁹³.

Por ello, cuando la fuente de la irrevocabilidad es por la *naturaleza* del mandato, el mandante no puede revocarlo, y si lo hace, esta sería ineficaz frente a terceros, lo que, dicho en otros términos, se traduciría en una inoponibilidad.

90 CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil*, cit., vol. IV, p. 840; BUSTO LAGOS, J. M.: “Contratos”, cit., p. 3032; YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Contratos*, cit., p. 441; DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRIÁS, E. y MORALES MORENO, A.: *Principios*, cit., p. 211; MESSINEO, F.: *Manual*, cit., t.VI., p. 50; y JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, cit., p. 371.

91 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 463 y 464.

92 *Ibid.*, p. 463.

93 Se han tratado principalmente los requisitos del mandato que interesa al mandante y al mandatario, que en doctrina toma el nombre de *mandato in rem suam* o *mandato in rem propriam*, señalándose que estos son: 1.- Preexistencia o existencia coetánea de una relación jurídica subyacente entre mandante y mandatario; 2.- otorgamiento del mandato en razón de dicha relación jurídica; 3.- existencia de un interés del mandante que para satisfacer aquel debe conferir un mandato; 4.- existencia de un interés del mandatario en el otorgamiento y eventual ejecución del mandato; 5.- la irrevocabilidad del mandato. Véase, ESPINOZA VÁSQUEZ, Á.: “El mandato in rem suam. Del mandato que también interesa al mandatario”, en *El Mandato* (Coord. Ian Henríquez H.), Legal Publishing, 2013, Santiago, p. 62 y ss.)

Así se entiende en el Derecho Comparado, como se puede observar en la legislación italiana⁹⁴ y holandesa⁹⁵, en el Derecho argentino⁹⁶, en el derecho inglés⁹⁷ y la doctrina española⁹⁸. En el mismo sentido, la doctrina nacional⁹⁹.

Si se observa bien, a la misma conclusión se llega de la lectura de los artículos 1584 y 1584 del Código Civil, pues no se puede revocar mientras esté comprometido el interés de un tercero.

En el mismo orden de ideas, la jurisprudencia nacional, en los casos que ha declarado la ineficacia de la revocación del mandato –habiendo o no pacto expreso de irrevocabilidad-, pues lo ha sostenido así porque el mandato interesa a un tercero o al mandatario. Esto se observa de las sentencias de la Excm. Corte Suprema del 9 de Agosto de 1988¹⁰⁰ y del 8 de mayo de 1930¹⁰¹, así como las pronunciadas por la Corte de Apelaciones de Santiago¹⁰², de Concepción¹⁰³, de Temuco¹⁰⁴ y de Presidente Aguirre Cerda¹⁰⁵, todas presentadas en el capítulo primero.

¿Cuáles podrían ser casos en que tenga interés un tercero y/o el mandatario?

Podríamos considerar, a modo de ejemplo, los siguientes casos:

i) Cuando un tercero haya celebrado un contrato de promesa de compraventa de los derechos sociales, tomando en consideración que el mandatario tenía un *poder irrevocable*, y como aquel además representaba a los otros socios, iba a contar con la anuencia de todos ellos para incorporarse. En este escenario, uno de los mandantes *revoca* el mandato, con la intención de impedir la incorporación de este *tercero*, pues así no contaría con la voluntad de todos los socios. Esa revocación sería ineficaz.

94 Véase Art. 1723 del Código Civil italiano.

95 Véase Art. 7:422 parágrafo (2).

96 LORENZETTI, R.: *Código Civil*, cit., t. II, p. 492 a 495; y BUERES, A.: *Código Civil*, cit., p. 321. Para el antiguo Código Civil, V. BORDA, G.A.: *Tratado de*, cit., t. II, p. 474.

97 Leading Case *Smart v Sandars* [1848] V. el informe de ese país, en LOOS, M. y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts*, cit., p. 433.

98 Por todos, DIEZ-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 308 y ss.

99 STITCHKIN BRANOVER, D.: *El mandato*, cit., p. 464; y PINTO ROGERS, H.: *Curso de*, cit., t. II, p. 286 y 287. En contra, GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables", cit., pp. 33-57.

100 Corte Suprema, 9 agosto 1988, caratulado *Universidad Austral de Chile con Corporación de Televisión de la Universidad de Chile*, Rol n° 12.364.

101 RDJ. t. 28, sec. 1°, p. 16.

102 Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, Rol n° 6557-2000.

103 Corte de Apelaciones de Concepción, 14 enero 2004, Rol n° 2743-2003.

104 Corte de Apelaciones de Temuco, 15 diciembre 2008, Rol n° 1534-2008.

105 Corte de Apelaciones de Presidente Aguirre Cerda, 4 Marzo 1988, caratulado *Morales Arce, Rafael con Del Sante Moreno, Jorge*.

ii) En las denominadas cláusulas *drag along*¹⁰⁶ y *tag along*¹⁰⁷, tan utilizadas en el derecho comercial moderno.

En este sentido, si el mandatario que tenía poder para actuar por todos los socios en la venta de los derechos sociales, ha acordado un altísimo valor muy beneficioso para todos ellos, por lo que había celebrado acuerdos y cierres de negocios respecto de la futura transferencia, en que además se realizaron inversiones por parte del *comprador*, sería ineficaz la revocación hecha posteriormente por uno de ellos en estas condiciones, pues existe interés tanto de un tercero como del mandatario¹⁰⁸.

iii) Siguiendo un caso jurisprudencial, si se ha otorgado al mandatario un poder irrevocable porque ha realizado un préstamo a la sociedad, y ese mandato dado por todos es necesario para realizar las gestiones necesarias para que el mandatario cobre su crédito, los socios no podrán revocar el mandato mientras el apoderado no recupere su dinero, y si lo hacen, esta será ineficaz¹⁰⁹.

Por último, cabe hacer la siguiente pregunta: cuando existe irrevocabilidad en virtud de la *naturaleza* del mandato, ¿es absoluta la imposibilidad de revocar?

Para su respuesta, habrá que distinguir si está comprometido el interés de *terceros de buena fe* o, por otra, sólo el del mandatario y mandante. En caso de los terceros de buena fe, la irrevocabilidad presentaría el carácter de absoluta, mientras no se satisfaga dicha pretensión, por lo que si hubiere una revocación del mandante, esta sería ineficaz. Así se ha pronunciado nuestra jurisprudencia en todos los casos revisados¹¹⁰.

En cambio, involucrado sólo el interés del mandatario y del mandante, ha presentado varias dudas en el Derecho Comparado. Reflexiona el catedrático Luis Díez-Picazo: "En resumen, creo que se puede admitir la idea de que el pacto o cláusula de irrevocabilidad produce, por lo general, efectos meramente relativos y que una irrevocabilidad absoluta representa de alguna manera una consecuencia excepcional y exorbitante, que necesita su propia causa de justificación. Efectivamente, las ideas de exclusivo interés del representante y de necesidad de aseguramiento de ese interés parecen decisivas. Mas si se recuerda lo que más arriba dijimos, a nuestro

106 Esta consiste en que, cuando un tercero realiza una oferta de compra de la sociedad por la totalidad de los derechos sociales, el socio o los socios que tengan el "derecho de arrastre" podrá obligar al resto de socios a que vendan sus participaciones al comprador.

107 Tiene lugar cuando un tercero realiza una oferta de compra a uno de los socios por su participación en la sociedad, permite a que el resto de socios puedan ofrecer al tercero en las mismas condiciones y términos sus propias participaciones. Por tanto, el tercero comprará el número de participaciones que inicialmente quería, pero de forma prorrateada a todos los socios que ejerciten este derecho.

108 Del tercero porque ha hecho inversiones y ha cerrado acuerdos previos; del mandatario y de los otros socios por las condiciones favorables de venta.

109 De esta forma es la sentencia publicada en RDJ. t. 28, sec. 1º, p. 16.

110 Véanse las sentencias expuestas en el capítulo primero.

juicio parece claro que la irrevocabilidad con efectos absolutos se liga con hipótesis que no son en puridad de poder de representación sino de utilización indirecta (o relativamente simulada) del apoderamiento para viabilizar lo que en realidad es un negocio de carácter autorizativo"¹¹¹.

Este autor se refiere a un caso que también se ha presentado en la jurisprudencia nacional, que consiste que el mandante ha dado mandato irrevocable a sus acreedores, para que éstos puedan enajenar los bienes necesarios para el pago de sus créditos, bajo la modalidad del abandono de bienes a sus acreedores. Si el mandante revoca el poder a sus mandatarios (acreedores), esto sería ineficaz¹¹², pero no por ello la irrevocabilidad debe ser absoluta.

Por ello, la irrevocabilidad no tiene el carácter absoluto ni cubre la conducta dolosa o negligente del mandatario, pues podría haber incumplimiento de las obligaciones del mandatario, como una manifiesta impericia que perjudicará tanto al mandante como mandatario, una falta de diligencia grave, ausencia de comunicación de sus actos, etc.¹¹³.

En términos similares, ya lo planteaba Ludwig Enneccerus: "Hay que considerar eficaz, por regla general, la exclusión del derecho de revocación, si el poder ha sido otorgado *en interés del apoderado o de un tercero* (sobre todo con el fin de asegurar o dar realidad a sus derechos) o en interés común de ambas. Pero también en estos casos, por analogía con los [parágrafos] 626, 723, habrá que permitir la revocación cuando media una causa importante"¹¹⁴.

A la misma conclusión se debe llegar en el derecho nacional, pues si se observan los artículos 1584 y 1585 se establece que el juez podrá igualmente conceder la revocación al acreedor; siempre que "el deudor no tenga interés en oponerse a ello".

Si se piensa bien, no es que diga que la otra parte no tenga interés —pues podría seguir teniéndolo—, sino que "no tenga interés en oponerse a ello", es decir, que no pueda alegar la pérdida de un beneficio o utilidad legítima que se pretendió evitar con la designación del *diputado* para el pago. En el mismo sentido el artículo 1585, que señala que si hay *justo motivo* se puede revocar la facultad de percibir. La jurisprudencia nacional es concordante con estos planteamientos¹¹⁵.

111 DIEZ-PICAZO, L.: *La representación*, cit., p. 309.

112 La sentencia es de la Corte de Apelaciones de Santiago, 16 junio 1942, publicada en RDJ. t. 44, sec. 2°, p. 17.

113 LORENZETTI, R.: *Código Civil*, cit., t. II, p. 495 y, anteriormente, BORDA, G.A.: *Tratado*, cit., t. II, p. 474.

114 ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil*, cit., vol. II, primera parte, p. 577.

115 Si se observa la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 31 octubre 2006, en el considerando 10°, se permitió la revocación porque no había un interés de un tercero comprometido, y sólo podía afectar al mandatario.

2. Consideraciones en cuanto a la forma de actuación del mandatario irrevocable.

Además de los requisitos que hemos mencionado en el número anterior como indispensables para la validez de un mandato irrevocable, consideramos que existen tres grandes tipos de limitaciones en la forma de actuación de este mandatario:

a) De acuerdo a las amplias facultades de actuación que tendría el mandatario, jurídicamente podría producirse una *autocontratación*, pues sería posible que actúe *por otro* y personalmente, o en representación de dos socios distintos¹¹⁶.

En ese caso, tendría las limitaciones que la doctrina y jurisprudencia reconocen respecto de la *autocontratación*¹¹⁷, esto es, primero, que no esté expresamente prohibido por la ley dicho acto jurídico, como ocurre en los casos previstos en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil. Recuérdese que estas limitaciones no se configuran si actúa *en representación* de dos socios distintos, como sostenía don Arturo Alessandri Rodríguez¹¹⁸.

La segunda limitación, tanto o más importante, es que en los actos realizados por el mandatario no existan *conflictos de intereses*¹¹⁹. Cuando concurre esta pugna de intereses, deberá ser analizado en cada caso en particular, correspondiendo en definitiva a la justicia determinarlo¹²⁰.

b) El representante no puede ejecutar *abusivamente* sus derechos y facultades. Otra de las limitantes dice relación con que el mandatario no puede actuar de forma abusiva, pues de hacerlo se sujeta a la obligación de resarcir todos los perjuicios que le pueda ocasionar a su mandante¹²¹.

En efecto, recuérdese que el artículo 2134 del Código Civil señala que la recta ejecución del mandato comprende no sólo la substancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Por su parte, el artículo 2149 obliga a que el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.

116 V. ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, cit., t. I, p. 122 y 123.

117 Ibidem.

118 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Santiago, p. 149.

119 Ibid., p. 148.

120 Si bien no existe una definición de lo que debe ser entendido por "conflicto de interés", podemos señalar que tiene lugar cuando un representante, con ocasión de celebrar un acto jurídico en su carácter de tal, se inclina por un beneficio personal o de favorecer a un tercero relacionado, siendo aquello incompatible con el interés del representado, pues si protege a uno, se perjudica a otro. V. RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: "Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación", en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fascículo IV, Octubre-Diciembre, 2002, Boletín Oficial del Estado, p. 1751 y ss.

121 ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, cit., t. I, p. 271 y 272.

Asimismo, el ejercicio abusivo por parte del mandatario de sus facultades permitiría al mandante poner término al *mandato irrevocable* (pues consistiría en una justa causa), sin perjuicio de todas las consideraciones que anteriormente habíamos expuesto.

c) En definitiva, toda actuación del mandatario tiene como gran límite el principio de la buena fe, que viene a ser determinante para el análisis de la situación en estudio. Así, por ejemplo, comentando un caso antes esbozado, en aquellas situaciones en que el mandatario es, a su vez, el administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, esta *sociedad* –jurídicamente– no podría aparecer como “tercero de buena fe”, si el mismo administrador de ella conocía la verdadera voluntad del *socio mandante*.

Esto se produciría cuando el mandante no quiere que se realice algo y el mandatario, sabiendo de ello, igualmente lo ejecuta. La relación que este último tiene con la sociedad, le impediría considerar a la sociedad como tercero de buena fe.

Por todas estas consideraciones la forma de obrar del mandatario es determinante y puede traer diversas consecuencias en la sociedad. Así, en el evento que el *mandato irrevocable* se ejecutara con tal intensidad que impidiera al socio ejercer en la práctica sus derechos de tal, podría haber un problema de *affectio societatis*, que acarrearía la terminación del contrato social.

Por otra parte, si el poderdante revocare el mandato no obstante haber cláusula expresa de irrevocabilidad –que además fue elevada al carácter de esencial– podría ser considerada un incumplimiento del contrato, por lo que conllevaría desde la expulsión hasta la terminación de la sociedad. En otros términos, por una u otra razón la continuidad de la sociedad se vería afectada.

3. Relaciones que pueden configurarse cuando el mandatario actúa, además, representando a la sociedad.

Otra de las posibilidades que permitiría un mandato otorgado en términos tan amplios, dice relación con que la misma persona, al investir la calidad de administrador social y representante de los socios, celebre contratos actuando por ambas partes.

En opinión del profesor Arturo Alessandri Rodríguez, es perfectamente posible y válida esta forma de obrar, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones¹²²:

a) Que la ley no lo prohíba. Según el mismo autor, en cuanto a esto se sujeta a las normas de los artículos 2144 y 2145 del Código Civil.

¹²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.: *Los contratos*, cit., p. 150.

Ahora bien, si expresamente se le ha conferido las facultades al mandatario para poder comprar o vender los derechos sociales podría celebrar el contrato, siempre y cuando no se configure la otra gran limitación existente en materia de autocontratación: el conflicto de intereses.

b) Que los estatutos no lo prohíban. Sería aplicación de la denominada “ley del contrato”, así como de la autonomía de la voluntad.

c) Que no exista conflicto de intereses. Se aplica en cuanto a esto las mismas consideraciones anteriores.

V. ANÁLISIS DE ALGUNAS FACULTADES QUE PODRÍAN CONTENER ESTOS MANDATOS IRREVOCABLES.

En este capítulo revisaremos algunas de las facultades que podrían estar incluidas en un mandato de este tipo, para hacer observaciones en cuanto a la forma que permitirían obrar al mandatario.

I. Generalidades.

En la doctrina comercialista¹²³, se distingue entre los denominados derechos *individuales* y los *colectivos* de los socios.

Los derechos individuales son aquellos que están radicados en el patrimonio de cada socio y que puede ejercer libremente.

Por su parte, los derechos colectivos son aquellos que deben ejercer los socios de manera conjunta, ya sea por unanimidad o por mayoría. Por eso se entiende que existe una carga legal respecto de ellos, pues deben obrar colectivamente para que produzca plenos efectos jurídicos.

Se entiende que son, principalmente, los derechos subjetivos *individuales*: la participación o cuota sobre el capital social; el derecho a la utilidad; el derecho de participar con voz y voto en las reuniones de los socios; la participación en la liquidación de la sociedad; el derecho a retiro del socio o de separación; la posibilidad de examinar en cualquier tiempo la contabilidad; el de recurrir a la justicia en caso de controversia societaria y el retirar a cuenta de las utilidades la cantidad que las partes hayan estipulado o que permitan los estatutos sociales.

Por su parte, en cuanto a los derechos colectivos, se pueden subclasificar entre aquellos que exigen la unanimidad de los socios y los que pueden ejercerse por la mayoría.

123 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I., p. 390 y ss.

Se entiende que requiere de la *unanimidad* de los socios la modificación del pacto social¹²⁴; acuerdos sobre el no retiro de utilidades o la formación de fondos sociales con ellas; la autorización o ratificación de actos no comprendidos en el objeto social; y la autorización para que un socio pueda competir con la sociedad.

Requieren, en cambio, de la mayoría de los socios todo lo referente al balance social, disponer de reservas sociales y, cuando procede, designar y remover administradores y decidir sobre ciertos actos de administración.

2. De la modificación de los estatutos sociales, en términos tales, que pueda transformar, fusionar, dividir o liquidar la sociedad.

Según hemos visto, el mandatario designado en la cláusula social estaría provisto de amplias facultades para realizar profundas modificaciones de los estatutos sociales, pues al tener la representación de todos los socios, podría ejecutar todo tipo de actos y contratos tendientes a su implementación. La realización de cualquiera de las modificaciones mencionadas en el título de este numeral son de aquellas que requieren de la *unanimidad* de los socios, según lo señalado precedentemente.

Conceptualmente, la *transformación* consiste en el cambio de especie o tipo social, efectuada por reforma de estatutos, subsistiendo su personalidad jurídica¹²⁵. La doctrina distingue entre transformación propia y la impropia, siendo la primera la que hemos definido, mientras que la *impropia* sería aquella en que se transforma económicamente una compañía, creando una nueva con o sin disolución de la anterior¹²⁶. Para fines de este estudio, nos referiremos sólo a la *propia*.

La *fusión* es la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones y a la cual se incorpora la totalidad del patrimonio y socios de los entes fusionados¹²⁷.

De este concepto, podemos observar que pueden ser de dos tipos: *fusión por creación*, que tiene lugar cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades se disuelven y se aportan a una nueva sociedad; y *fusión por absorción*, cuando dos o más sociedades son absorbidas por otra ya existente, la que adquiere sus activos y pasivos.

Finalmente, la *división* consiste en la creación de otras sociedades que actúan como sucesoras de la primera en todo o parte de su patrimonio.

¹²⁴ Con los alcances que haremos en los números siguientes.

¹²⁵ Esta definición se puede extraer del artículo 96 de la ley de sociedades anónimas.

¹²⁶ PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 203.

¹²⁷ Definición que se puede extraer del artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas en Chile (ley N° 18.046).

El profesor Álvaro Puelma Accorsi considera que no existiría inconveniente en que dicho consentimiento unánime se otorgara de manera anticipada, constituyendo una estipulación del pacto social¹²⁸. Agrega, que este tipo de pactos es común en las sociedades inmobiliarias, en que el administrador puede realizar la respectiva modificación en representación de los demás socios¹²⁹.

En este orden de ideas, analizadas las cosas desde la perspectiva que mandatario-administrador es y *representa* la voluntad de todos los socios, no veríamos mayores inconvenientes en que pudiera transformar el tipo social, concordando plenamente con la posición del autor citado. Sin embargo, se deben tener presentes las limitaciones a las que nos referimos en el capítulo anterior; principalmente, en lo relativo a que no signifique un conflicto de intereses.

En lo que dice relación con la fusión de la sociedad, en principio también concordamos en que puede darse de manera anticipada la autorización, pero con algunas observaciones.

En efecto, para la fusión por absorción creemos que no presenta mayores inconvenientes, pues la sociedad como tal subsiste (cuando otras son absorbidas por ésta), pudiendo constituir una modelo de negocios conveniente para los socios.

En cambio, puede admitir un matiz, cuando signifique la terminación de la sociedad. En ese orden de cosas, el mandatario -que está llamado a actuar lealmente con su mandante-, puede ser entendido que está obligado al deber de subsistencia de la sociedad. No queremos con esto dar a entender una respuesta negativa de la facultad de fusionar- que en principio la tendría en sentido amplio- pero creemos que el apoderado debe actuar con extrema diligencia, pues sería fácil incurrir en un caso de abuso o desviación de la buena fe por parte del mandatario para con sus mandantes¹³⁰.

En cuanto a la división, en la medida que el mandatario tenga la precaución de conservar en las nuevas sociedades los porcentajes que cada uno de los socios tenía en la primitiva, no se verían mayores inconvenientes de abuso o conflicto de intereses que pudiera limitar la actuación en representación de ellos.

128 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 398.

129 *Ibidem*.

130 En cierta medida, así se sostiene en ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las obligaciones*, cit., t. I, p. 651 a 653, donde se señala que siempre será un perjuicio para los socios y también puede serlo para terceros que han contratado con la sociedad.

3. De la cesión o transferencia de derechos.

Acepta la doctrina¹³¹ que el consentimiento respecto de este tipo de actos jurídicos también puede darse de manera anticipada por todos los socios, pues tal como hemos adelantado, es de aquellos acuerdos que requieren de la *unanimidad* de los partícipes.

Desde esta perspectiva, concordamos con la viabilidad de señalar en los estatutos el consentimiento anticipado por el que uno de los socios pueda actuar como mandatario en la cesión de derechos de los demás socios. Asimismo, si se faculta expresamente al apoderado para autocontratar, por sí o por interpuesta persona, no existirían los impedimentos establecidos en los artículos 2144 y 2145 del Código Civil.

Empero, debemos hacer notar que esta autorización no se puede traducir en una verdadera condonación previa de actos dolosos o culpables del mandatario para con sus poderdantes. En efecto, siempre existirá –no obstante la autorización *a priori*- la limitación general del conflicto de intereses, que no es otra cosa que el deber de actuar conforme a la buena fe y las buenas costumbres comerciales.

Asimismo, las amplias facultades que tendría el mandatario podrían ser utilizadas como una manera de excluir a cualquiera de los socios, sin necesidad de que se produzca –por parte de aquel- un incumplimiento grave de sus obligaciones¹³². De darse un caso como el señalado, se configuraría un ejercicio abusivo de los derechos, con todas las sanciones que ello pudiera acarrear para el mandatario. Por analogía, a la misma solución se debe llegar si se enajena la inmensa mayoría de los derechos sociales de uno de los socios, dejándole una ínfima o irrisoria participación.

4. Respetto del Capital Social.

El capital es el conjunto de aportes entregados o prometidos por los socios a la sociedad. La única forma para que se pueda modificar es con reforma de estatutos.

La importancia del capital social es altísima, lo que se puede observar en los siguientes aspectos:

a) Los aportes constituyen la principal obligación que tienen los socios con la sociedad.

b) Constituye un elemento esencial de este contrato, pues todo socio se compromete a aportar algo.

¹³¹ PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 398.

¹³² Como sí lo permite el artículo 379 del Código de Comercio chileno.

c) A falta de pacto social en contrario, la proporción que representan los derechos de cada uno de los socios en la sociedad, constituirá el porcentaje que tendrán en las utilidades y en la liquidación social.

En este orden de cosas, si se pretende modificar el capital para aumentarlo, mediante la capitalización de utilidades o por nuevos aportes -en la medida que se respeten las proporciones- no existiría ningún problema. Lo mismo ocurriría con una disminución, en las mismas condiciones.

Puede ser un escenario más discutible si se hace un aumento de capital, pero que sólo algunos aparezcan invirtiendo y otros se abstengan de hacerlo, pues a falta de una causa legítima que lo justifique¹³³ podría ser entendido como una falta al cumplimiento leal y recto del mandatario en su relación con el mandatario, así como, conjuntamente, la concurrencia de conflictos de intereses¹³⁴.

5. Sobre el reparto de utilidades.

Como es sabido, el reparto de utilidades es un derecho eventual que está sujeto a una condición suspensiva, que consiste en que, al momento de aprobarse el balance social, los resultados de las operaciones sean positivos o favorables para los socios. Asimismo, tal como habíamos mencionado, la determinación de la aprobación o rechazo de lo que arroja el balance se adopta por la mayoría de los socios, salvo que el estatuto dijere otra cosa.

En el caso que el balance presente utilidades, el socio tiene derecho a retirarlas, salvo que los estatutos establezcan que un porcentaje de ellas se deban capitalizar o destinar a la formación de fondos de reserva. También, puede retirarlas en parte, quedando el resto como un crédito en favor del socio.

En cuanto a la forma en que se deben repartir las utilidades, será el estatuto el que determine su distribución, como se desprende de los artículos 2066 del Código Civil, en relación con los artículos 382 y 383 del Código de Comercio. Constituye doctrina aceptada que las utilidades a repartir pueden, o no, ser en proporción al valor de los aportes¹³⁵.

Sin embargo, se deben hacer las siguientes consideraciones:

a) Los derechos y obligaciones que tienen y contraen los socios deben ser hechos *seriamente*, esto es, con la intención de repartirse realmente entre ellos las

133 Lo que será una cuestión de hecho, que se resolverá caso a caso.

134 Esto ocurriría si, por ejemplo, el mandatario que a su vez es socio, sea el que más capitalice, mientras otros no lo hicieran.

135 PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, cit., t. I, p. 388.

utilidades y pérdidas sociales. Por ello, si esto no ocurre estaremos más bien en una situación de *abuso de la personalidad*, como antes habíamos comentado.

b) Todos los socios deben tener derecho a utilidades, así como de soportar las pérdidas que se generen.

c) Si se pretende acordar que no se repartan utilidades, deberá ser con la *unanimidad* de los socios, porque de lo contrario se estaría afectando el derecho de dominio que tienen los socios respecto de las utilidades.

En cuanto a las facultades que tendría el *mandatario* respecto de ellas, consideramos que es posible que pueda representar a los socios en todas las decisiones que digan relación con el reparto, así como de la formación de fondos de capitalización o reserva. En la medida que no exista en esto un abuso de las facultades o un conflicto de intereses con dicha decisión, la respuesta afirmativa es categórica.

Sin embargo, pueden existir otras decisiones que serán más difíciles de analizar. Así, uno de los casos más emblemáticos en este sentido tendría lugar cuando el mandatario pretenda distribuir las utilidades sociales de una forma distinta a la que aparezcan en los estatutos.

La respuesta de la viabilidad de esta decisión dependerá de la existencia de una *causa o razón legítima* que la motive¹³⁶.

De no existir esta causa legítima, podría estarse en presencia de un conflicto de intereses o ejercicio abusivo de los derechos del mandatario, lo que traerá como consecuencia las sanciones civiles y penales que en Derecho correspondan.

6. En cuanto a la duración.

Según lo prescrito en el artículo 352 N° 7 del Código de Comercio, una de las menciones que debe contener el pacto social es la duración que tendrá la sociedad. Creemos que en virtud de la representación que tiene el mandatario, puede ejercer sin mayores inconvenientes la facultad de prorrogar o poner término a la sociedad, con las consideraciones y limitaciones que hemos mencionado: primero, que el socio-mandante no pierde sus facultades respecto de los derechos sociales, por lo que si él manifiesta su intención de poner término a la sociedad o de continuar, según sea del caso, deberá estarse a su voluntad¹³⁷.

¹³⁶ Podría ser considerado como un caso, aquel en que los negocios sociales dependan, en gran medida, de la participación o gestión de uno de los socios en particular, por lo que se le asigna un mayor porcentaje de utilidades a partir de un resultado.

¹³⁷ Recuérdese que es el socio el que debe tener la *affectio societatis* y no el representante; así como que él es el titular del derecho.

Segundo, mientras la prórroga o el término no signifique abuso del derecho o sirva para hacer *desaparecer* un conflicto de intereses, el mandatario podrá obrar del modo que mejor le parezca para el correcto desempeño de su encargo.

7. En cuanto a la modificación de la administración.

Es un principio ampliamente reconocido que en las sociedades de personas —y en especial tratándose de las de Responsabilidad Limitada— los socios tienen plena libertad para determinar la forma de administración.

Atendiendo a las amplias facultades que se le conferirían al mandatario, podría alterar la forma de administración. Su actuar que sería lícito, estará sujeto a las limitaciones de no utilizarlo como un medio que elimina *contrapesos* que se quisieron establecer en los estatutos, para permitir —de esa forma— un ejercicio abusivo de sus derechos o en manifiesto conflicto de intereses.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. La posibilidad de establecer mandatos irrevocables ha generado diversas posiciones en la doctrina nacional y comparada, pues han sido muy pocas las legislaciones que han regulado expresamente esta institución. Sin embargo, incluso en éstas el sentido y alcance de ellas no ha dejado de presentar antagonismos interpretativos.

2. En Chile, la doctrina mayoritaria se inclina por aceptar estos mandatos, lo que ha sido apoyado reiteradamente por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, desde sentencias del primer tercio del siglo veinte hasta nuestros días, sin perjuicio de considerar la posición de autores modernos que la cuestionan.

3. Los argumentos que se han propuesto son, principalmente, que la revocabilidad del mandato sería un elemento de su naturaleza; que los derechos que miran en el sólo interés de una de las partes pueden ser renunciados por éstas; que no existe norma que prohíba los mandatos irrevocables, así como la existencia de normas que expresamente no admiten la revocación cuando intervienen intereses de terceros o del mandatario, etc.

4. Por su parte, las cláusulas que contienen mandatos irrevocables en favor de uno de los socios con amplias facultades tiene una naturaleza híbrida, pues presentan rasgos de mandatos colectivos y conjuntos. Sin embargo, cualquiera sea la modalidad con que se actúe, es irrevocable, pues se establece que ninguno de los socios podrá revocarlo por sí solo, si no es con la voluntad unánime de todos ellos.

5. Si bien nos inclinamos por la validez de este tipo de mandatos con las características revisadas, es necesario tener presente ciertas consideraciones, especialmente, en lo relacionado con las plenas facultades que conserva el mandante respecto de sus derechos en la sociedad. En efecto, no obstante existir un mandato irrevocable, el socio puede ejercer por sí los derechos sociales, por lo que eventualmente, podría existir contradicción entre las decisiones que proponga el apoderado con las del poderdante. En este escenario -y reconociendo que siempre deberá ser analizado casuísticamente- debería primar la voluntad del titular de los derechos, pues él es el que debe tener *affectio societatis*, así como recaerán sobre él, en definitiva, los efectos jurídicos y económicos de las decisiones.

6. En cuanto a la irrevocabilidad del mandato que se conferiría en el pacto social, se debe analizar atendiendo a la causa que le da origen. En principio, en estos casos se trataría de una irrevocabilidad basada en un *pacto o cláusula*, cuya consecuencia principal es que el mandante no lo puede revocar, a menos que acredite culpa del mandatario o fuerza mayor. Si igualmente lo revocare (no existiendo alguna de estas causales), acarrearía una responsabilidad contractual. Por ello, se sugiere incorporar una cláusula penal para evitar este acto del mandante.

7. En cambio, si la causa de irrevocabilidad es la *naturaleza del mandato*, el mandante no puede revocarlo por su propia voluntad, y si igualmente lo hiciere, esta manifestación sería ineficaz, es decir, subsistiría el mandato. Cabe recordar, que la *naturaleza del mandato* la constituye la presencia de intereses de terceros o del mandatario, así como el *objeto* del contrato que se estaría celebrando en razón del mandato. Asimismo, es posible que aparte de existir una cláusula o pacto de irrevocabilidad, igualmente un mandato pueda tener este carácter por la existencia de intereses de personas distintas al comitente.

8. Como lo desarrollamos, pueden presentarse múltiples casos que en una sociedad de personas (en especial de Responsabilidad Limitada) existan en juego intereses de los demás socios o del mandatario (haciendo al mandato irrevocable *por naturaleza*), como ocurriría cuando el *socio-mandatario* hubiere otorgado un préstamo necesario para el giro social, y que por ello conservaría la representación de los otros socios mientras no se cumpliera con el pago íntegro de su crédito. Lo mismo ocurriría con las denominadas cláusulas *drag along* y *tag along*, entre tantos otros casos. Cabe también advertir, como se estudió, que los mandatos irrevocables deben ser por un tiempo determinado, por lo que se sugiere incorporar siempre una cláusula de renovación automática.

9. Todos los planteamientos señalados, han sido reconocidos directa o indirectamente por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, tal como se revisó en el cuerpo de esta presentación.

10. Por último, se revisaron diversas facultades que se podrían otorgar al mandatario en el pacto social, siempre que se respeten las limitaciones inherentes de este tipo de contratos, esto es, que los actos no estén prohibidos por la ley, que no se produzca un conflicto de interés y que no sean ejercidos con abuso del derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, R.: *Las Obligaciones*, Editorial Thomson Reuters Legal Publishing, 2014, Santiago.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A.:

- *Derecho Civil. Segundo Año. De los Contratos*, publicado en Zamorano y Capellán, 1940, Santiago.

- "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", en *Doctrinas Esenciales* (Director: R. Tavorari Oliveros), *Contratos*, t. I, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 178-222 (publicado inicialmente en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (RDJ), T. XXVII, n° 1 y 2, p. 5-38).

- *Los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Santiago.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M., y VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

BARCIA LEHMANN, R.: *Lecciones de Derecho Civil*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

BORDA, G. A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino*, t. II, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1962.

BUERES, A. (Director): *Código Civil y Comercial analizado, comparado y concordado*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2014.

BUSTO LAGO, J. M.: "Contratos de prestación de servicios y realización de obras", en *Tratado de Contratos* (Director Rodrigo Bercovitz), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009.

CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Código Civil Comentado*, vol. IV, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

CAPRILE BIERMANN, B.: "La ineficacia del mandato conferido por los clientes a las instituciones financieras para suscribir pagarés a su favor, antes y después del Sernac Financiero (Autocontratación, irrevocabilidad y Mandatos en Blanco)", en AA.VV. *Estudios de Derecho Civil*, VIII (Coord. C. Domínguez Hidalgo y otros), Thomson Reuters, Santiago, 2013.

DIEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A.: *Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *La representación en el Derecho privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

ENNECCERUS, L.: *Derecho Civil. Parte General*, vol. II, Parte I, Bosch Casa Editorial, 1981.

ESPINOZA VÁSQUEZ, Á.: "El mandato in rem suam. Del mandato que también interesa al mandatario", en *El Mandato* (Coord. Ian Henríquez H.), Legal Publishing, 2013, Santiago.

GÁLVEZ GAJARDO, H.: *La terminación del mandato*, Tesis de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1946.

GHESTIN, J.: *Les principaux contracts spéciaux*, 3ª ed. Lextenso éditions, Paris, 2012.

GONZÁLEZ CASTILLO, J.: "Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 1, 2017, p. 33-57.

JOSSERAND, L.: *Derecho Civil*, t. II, vol. 2, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

LOOS, M., y BUENO DÍAZ, O.: *Mandate Contracts. Principles of European Law*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2013.

LORENZETTI, R.: *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015.

MAZEAUD, H, L. y J.: *Lecciones de Derecho Civil*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Tercera vol. IV, Buenos Aires, 1976.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Ediciones Jurídicas Europa-América, t.VI, Buenos Aires, 1955.

OLAVARRÍA ÁVILA, J.: *Manual de Derecho Comercial*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956.

PALMA ROGERS, G.: *Derecho Comercial*, t. II, Editorial Nascimento, Santiago, 1941.

PINTO ROGERS, H.: *Curso de Derecho Civil*, t. II, Librería Andrés Bello, 1971.

PERLINGIERI, P.: *Manuale di Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

PLANIOL, M. y RIPERT, G.: *Tratado Práctico de Derecho Civil francés*, t. XI, Editorial Cultural, La Habana, 1940.

PUELMA ACCORSI, Á.: *Sociedades*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: “Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y el conflicto de intereses en la representación”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LV, fascículo IV, Octubre-Diciembre, 2002, Boletín Oficial del Estado, pp. 1751-1765.

STITCHKIN BRANOVER, D.: *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

VÁSQUEZ PALMA, M. F.: *Sociedades*, Legal Publishing, Santiago, 2013.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (Director): *Contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.